

知的財産権のライセンスと独占禁止法

—公取委ガイドラインの改定とその検討—

License of Intellectual Property and the Antimonopoly Act —A Study of the Japan Fair Trade Commission's New Guidelines—



泉 克 幸*
Katsuyuki IZUMI

抄録 2007年9月28日、公正取引委員会は「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を公表した。本指針は知的財産権のライセンスを中心に、知的財産の取引に対する公正取引委員会の考え方を明らかにするものである。本稿では新しい指針を紹介し、その特徴と問題点を指摘する。

1. はじめに

わが国の競争政策当局である公正取引委員会（以下、「公取委」ともいう。）は、2007年9月28日、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、「本ガイドライン」ともいう。）¹を公表した。本稿は本ガイドラインを概観するとともに、若干の検討を、特にガイドラインの全体的枠組みに焦点を当てて行うものである。

従来、知的財産権のライセンスに対する独禁法上の評価に関するガイドラインとしては「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（1999年7月30日・公取委）（以下、「旧ガイドライン」ともいう。）が存在していたが、本ガイドラインはこの旧ガイドラインに置き換わるものである。旧ガイドラインを廃止し、新しく本ガイドラインを策定した理由としては、①産業界において知的財産戦略の活用が高まっていること、②旧ガイドラインの対象外であるソフトウェアについても考え方の明確化を求める要望があること、および、③EUにおいて、2004年、技術移転協定

に対する競争法適用に関する「規則」²の改定と「ガイドライン」³の策定が行われたこと、が指摘されている⁴。

本ガイドライン以外にも、知的財産権のライセンスや取引等に対する独禁法上の考え方や問題点を示すガイドラインが幾つか存在する。まず、共同研究開発に関し、研究開発の共同化およびその実施に伴う取決めについて公取委の一般的な考え方を明らかにするものとして、「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」（1993年4月20日・公取委）がある。次に、標準化活動およびそれに伴うパテントプールの形成・運用に関する独禁法上の考え方を明確にすることにより、独禁法違反行為の未然防止とパテントプール形成・運用等における適切な活動の展開に資することを目的に策定されたものとして「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」（2005

* 徳島大学教授，博士（法学）
Professor, University of Tokushima, Doctor of Laws

年6月29日・公取委)がある(以下、「パテントプール・ガイドライン」という)。パテントプール・ガイドラインは元々旧ガイドラインを補足する目的で作られたものであるが、この位置づけは本ガイドラインに対しても変更がないとされ⁵、標準化の際にパテントプール形式で行われる知的財産ライセンスについては参照される(本ガイドライン第3-2(1))という意味で重要である。

また、知的財産の取引については公取委事務局が設置した研究会の報告書として、「デジタルコンテンツと競争政策に関する研究会報告書」(2003年3月)、「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方—ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会中間報告書」(2002年3月。以下、「ソフトウェア中間報告書」という)、および、「新たな分野における特許と競争政策に関する研究会報告書」(2002年6月)が公表されている。これらの報告書は公取委の運用指針ではないものの、本ガイドラインに書かれていない領域や制限行為について独禁法もしくは競争政策の観点から検討するには有益である。特に、ソフトウェア中間報告書はソフトウェアが著作物として著作権法上保護されるどころ、旧ガイドラインは著作権を対象としていなかったため、事実上公取委のガイドラインとして機能するとの指摘がなされていたものである⁶。本ガイドラインはプログラム著作物を対象に含めているが(本ガイドライン第1-2(1)注2)、本ガイドラインにおいては明記されていないプログラム著作物の制限行為に関する制限行為に対しては、引き続きソフトウェア中間報告書の考え方が参考になるし、また適用すべきケースもあると思われる⁷。

2. 総論

(1) 全体構成

本ガイドラインは「第1 はじめに」、「第2 独占禁止法の適用に関する基本的な考え方」、「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方」、「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方」という章立てから構成されている。全体的な構成あるいは説明手法における特徴としては、独禁法の規制の三本柱と呼ばれる私的独占(3条前段)、不当な取引制限(同後段)および不公正な取引方法(19条)という代表的な規制類型ごとに独禁法上の問題点や適用に当たっての考え方を記述している点は旧ガイドラインと同様であるが、本ガイドラインでは各規制類型に共通する「市場」についての考え方や「競争減殺効果」の分析手法などを横断的に捉え、一括して説明を加えている点を指摘することができよう(第2-2~5)。このことにより、同一内容の記述の繰り返しを回避する狙いがあると思われる。

もっとも、こうした試みがライセンス当事者の利便に適い、予測可能性を高めるかどうかは不明である。まず、「第3」および「第4」で取り上げられている制限行為が有する競争制限の有無やその程度については「第2-2~5」に記述された競争減殺効果に関する考え方を参考にすることになるが、具体的な制限行為類型が有する特殊性との関連で論じられることがないため、そこで示される考え方は勢い一般的なものとなっているからである。また、競争減殺効果は私的独占の成立要件である「競争の実質的制限」と併せて、不公正な取引方法の要件である「公正な競争を阻害するおそれ」(以下、「公正競争阻害性」という。)の「①競争の減殺」、「②競争手段の不公正さ」、および「③競争基盤の侵害」という3つの内容のうち、①との関連で分析を行う際に用いられる概念であるが

⁸、私的独占と不公正な取引方法の境界については特に触れられておらず、不公正な取引方法を超えて私的独占にまで該当する競争制限の程度が明確に示されているとはいえない⁹。本ガイドラインには過去の実例を参考にした仮設例がいくつか盛り込まれているが、今後、公取委への事前相談事例や諸外国での有名事件を基にした具体的事例およびそれに対する考え方を随時追加することにより、改善に努めるべきであろう¹⁰。

(2) 適用対象

知的財産基本法では、知的財産を「発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されたもの（発見または解明がされた自然の法則または現象であって、産業上の利用可能性があるものを含む。）、商標、商号その他の事業活動に用いられる商品または役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上または営業上の情報」と定義している（1条）。本ガイドラインはそうした知的財産のうち技術に関するもののみを対象としており、ここでいう技術には特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作権法および意匠法によって保護される技術ならびにノウハウ法として保護される技術を指す、とガイドラインは述べる（第1-2柱書および(1)）。これらのうち、著作権法および意匠法によって保護される技術とはプログラム著作物および物品の形状に係る意匠として保護される技術¹¹がそれぞれ該当し、ノウハウ法として保護される技術とは不正競争防止法（以下、「不競法」という。）上の営業秘密のうち技術に関するものがこれに当たると本ガイドラインは述べている（第1-2(1)注2および3）。

旧ガイドラインはその名のとおり、知的財産のうち特許およびノウハウのみを対象としていたの

で、それ以外の技術に関する知的財産を対象に含めたという意味では本ガイドラインは対象範囲を拡大したといえる。もっとも、旧ガイドラインは特許とノウハウのみを形式的には直接の対象としていたが、他の知的財産権についても、「その権利の性格に即して可能な範囲内で本指針〔筆者注：旧ガイドラインのこと。〕の考え方が準用されるものである」（旧ガイドライン第1-3(1)）と述べていた。本ガイドラインにおいては、プログラム以外の著作物や商標についてはその準用さへ否定しており¹²、その意味では対象範囲の縮小という評価もできる。

確かに、プログラム以外の著作物や商標には技術と異なる特質が存在するため、技術に限定した方がガイドラインとして明確・適切なものとなるとの判断かもしれない。しかしながら、映画の著作物としてのゲームソフトについてソフトメーカーが頒布権（著26条）によって中古販売を禁じようとした行為に対して、当該ゲームソフトが「頒布権が認められる映画の著作物に該当し、中古品取扱い禁止行為が外形上頒布権行使とみられる行為に当たるとしても、知的財産保護制度の趣旨を逸脱し、あるいは同制度の目的に反するものであることはいうまでもない」と公取委は述べたことがある（ソニー・コンピュータエンタテインメント（SCE）事件（審判審決平成13年8月1日審決集48巻3頁））。この部分は独禁法21条の解釈に関するものであるが、後述するように、本ガイドラインが拠って立つ「趣旨逸脱説」を採用している。また、ゲームソフトの中古販売について頒布権侵害が争われた裁判例において、最高裁は消尽理論を用いて著作権者の主張を認めなかったが（最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト事件〕）、本ガイドラインでも「権利の行使が認められるかどうかには当たっては、権

利の消尽にも留意する必要がある」と述べている（第2-1）¹³。次に、商標権についても、過去の審決において公取委は、ライバル企業が使用する可能性の高い複数の商標について登録出願を行ったり登録出願中の商標につき使用中止を当該ライバル会社に求めたりした行為などを含め、「参入を妨害しその事業活動を困難にする目的で講じた…一連の行為」と評価した上で、私的独占に該当するとの判断を行ったことがある（北海道新聞事件（同意審決平成12年2月28日審決集46巻144頁））。同事件で問題となったこのような登録出願等の行為は「産業の発達の促進」や「需要者の利益の保護」といった商標法の趣旨・目的を損ねるものであり、独禁法21条の解釈として適用除外を受ける「権利の行使と認められる行為」には該当せず、その結果独禁法上の評価を受けて違反行為を構成するとの判断が下されたと考えることができる¹⁴。SCE事件および北海道新聞事件に対して以上のような理解に立つならば¹⁵、プログラム以外の著作物および商標についても本ガイドラインの基本的な枠組みや考え方は妥当すると考えることができるのであり、したがって、これらをガイドラインの対象から完全に除外する必要はなかったし、過去の貴重な蓄積を生かさなかったという点では残念に思われる。

また、第一興商事件（平成15年12月9日審判開始決定）やソニー・ミュージックエンタテインメント事件（平成17年4月28日審判開始決定）など、カラオケや着うたといった著作権に関連した事例が昨今増加している。おそらく実務界においては、音楽や映画といった著作物についても公取委の考えやその動きには関心が高いであろう。それゆえ、本ガイドラインがプログラム以外の著作物を対象とすることはもちろん準用さえも否定したことは、取引の安全あるいは予測可能性を高

めるという関係者の要請に応えなかったという意味で不満の残るものであり¹⁶、技術以外の知的財産についても出来るだけ早急に対応すべきと考える。

(3) 独禁法 21 条

独禁法21条は、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法または商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と定めている。21条は独禁法違反に当たる行為を例外的に適用除外するものではなく、知的財産権法上の権利行使はそもそも独禁法に違反しないことを念のために明らかにする「確認的適用除外規定」であると現在では一般的に理解されており、それゆえ、本条に明記されていない種苗法や半導体チップ保護法、不競法なども含むこととなる¹⁷。21条にいう独禁法を適用しない「権利の行使と認められる行為」については、各知的財産権法が権利者に付与する排他的独占権の内容またはその範囲の全部または一部を制限する行為を「権利の行使とみられる行為」と捉えた上で、各知的財産権法または知的財産保護制度全体の趣旨を逸脱したり目的に反したりするものではない行為のことであると説く「趣旨逸脱説」が現在の学界の最有力説であり、公取委の実務や裁判所の見解も趣旨逸脱説に拠っている¹⁸。

本ガイドラインも旧ガイドラインに引き続いて21条の解釈として趣旨逸脱説を採用しているが¹⁹、知的財産権法の趣旨・目的に関して旧ガイドラインでは「発明を奨励する等を目的とする技術保護制度の趣旨」と述べていたのに対し（第2-2）、本ガイドラインは「事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨」と表現している。この相異は同じ意味内容の単なる言い換え、あるいは、本ガイドラインが技術に

焦点を絞ったことの結果であると考えれば重要な論点とはならない。しかしながら、著作権法の趣旨・目的は創作奨励を通じた文化の発展であり、たとえプログラム著作物が技術としての性格が強いとしても、上記のように本ガイドラインが著作権法の趣旨・目的を理解するならば、著作権法上の解釈と独禁法上の解釈との間に齟齬が生じてしまい、独禁法適用の場面において適切でない結果が生じるかもしれない。趣旨逸脱説は独禁法を適用する場面において、21条の解釈の中で知的財産権法の趣旨・目的を考慮し、これに適う行為を独禁法の適用から除外することを特徴とするものであるが、同説はそもそも知的財産権法と独禁法とを達成すべき目的や制度存在の趣旨が共通であるという大前提に立った上で、両者の関係を矛盾なく整合的に把握しようという考え方である。本ガイドラインが趣旨逸脱説を採用するならば、考慮すべき「趣旨」は知的財産権法の側から捉えるべきであり、またそうすることで、上記(2)で述べたように、プログラム以外の著作物や商標についても本ガイドラインの考え方を参考にすることが可能となる。

(4) 競争減殺効果—市場、分析手法、セーフハーバーなど

前記2(1)で指摘したように、本ガイドラインは私的独占および不当な取引制限の要件である「競争の実質的制限」と、公正競争阻害性の内容の1つである「競争の減殺」を「競争減殺」と捉え、これについての考え方をまとめて説明している。まず、競争減殺効果を分析する主たる市場としては、取引される当該技術の市場（技術市場）と当該技術を用いた製品の市場（製品市場）をガイドラインは予定している（第2-2(3)）。「技術開発競争への影響は、研究開発活動の成果である

将来の技術または当該技術を利用した製品の取引における競争に及ぼす影響によって評価する」（同上）とあることから、技術開発市場（イノベーション市場）は想定していない。

競争減殺効果の有無およびその程度を分析する際には、「制限の内容および態様、当該技術の用途や有力性のほか、対象市場ごとに、当該制限に係る当事者間の競争関係の有無、当事者の占める地位（シェア、順位等）、対象市場全体の状況（当事者の競争者の数、市場集中度、取引される製品の特性、差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）、制限を課すことについての合理的理由の有無ならびに研究開発意欲およびライセンス意欲への影響を総合的に勘案し、判断する」（第2-3）とガイドラインは述べる。また、競争に影響を及ぼす影響が大きい場合の例として、ガイドラインは①競争者間の行為と②有力な技術を挙げている（第2-4）。ただし、いずれの場合も競争減殺効果を分析する際の1つの指標であり、競争者間の行為または有力な技術であることだけをもって当該制限行為が独禁法違反となるわけではない。

本ガイドラインの特徴の1つは、客観的数値によって独禁法に違反しない行為の範囲（いわゆる「安全圏」、「セーフハーバー」）を明示したことにある。すなわち、ガイドラインは制限行為の対象となる技術を用いて事業活動を行っている事業者の製品市場におけるシェア（「製品シェア」という。）の合計が20%以下である場合（製品シェアに基づいて技術市場への影響が判断できないときには、当該技術の代替技術に権利を有する者が4以上存在する場合）には、原則として競争制限効果は軽微であると考えられると述べる（第2-5）。セーフハーバーは米国の1995年ガイドラインおよびEUの2004年規則において置かれており、本ガイドラインも両者に倣ったといえる。また、本

ガイドラインが採用する製品シェア 20%以下および代替技術を保有する事業者 4 以上という数値も、欧米との整合性を考慮した結果とされている²⁰。

もっとも、上記の数値要件を充足した場合であっても、すべての制限行為が独禁法違反に当たらないと評価されるわけではないことに注意が必要である。まず、制限行為のうち、当該技術を用いた製品の販売価格、販売数量、販売シェア、販売地域もしくは販売先に係る制限、研究開発活動の制限または改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務の賦課についてはセーフハーバーとならない(同上)。これらの制限行為の類型は、たとえ製品シェアが低い等の場合であっても、競争に与える悪影響の程度が強いと考えられるからであろう。次に、本ガイドラインのセーフハーバー規定は公正競争阻害性を競争減殺の観点から判断する場合のみ適用されるのであり、競争手段の不正さ、または自由競争基盤の侵害の観点から判断した結果、公正競争阻害性が認められるケースが有り得る(同上括弧書き)²¹。

最初の例外である、販売価格等の制限行為がセーフハーバーの対象とならないとの考え方は欧米でも同様であり、この点についてはわが国と欧米との間で差異はない。他方、後者の例外は、公正競争阻害性の内容に競争手段の不正さと自由競争基盤の侵害を含めるというわが国特有の事情によるものといえる²²。

3. 私的独占および不当な取引制限の観点から

(1) 競争の実質的制限について

本ガイドラインは私的独占および不当な取引制限の要件である「競争の実質的制限」とは、市場支配的状态を形成・維持・強化することをいうと述べる(第3柱書き)。他方、学説においては、競

争の実質的制限を市場支配力(具体的には価格等の取引条件を支配する力または市場の解放性を妨げる力)の形成・維持・強化と捉えることが多い²³。両者に違いがあるのか否か、混乱が生じないように、いずれにせよガイドラインの中で明らかにすべきであったと思われる。

また、本ガイドラインは競争の実質的制限の意味に関して、東宝・スバル事件(東京高判昭和26年9月19日高民4巻14号497頁)と合わせて東宝・新東宝事件(昭和28年12月9日高民6巻13号868頁)を挙げるが(同上注1)、後者は競争の実質的制限を狭く解釈していると学説上批判されており、公取委も現在はその解釈を採用しないと理解されているものである²⁴。それゆえ、東宝・新東宝事件を挙げることは適切でないと考える。

(2) 私的独占の観点から

本ガイドラインは私的独占との関係では、イ) 技術を利用させないようにする行為、ロ) 技術の利用範囲を制限する行為、および、ハ) 技術の利用に条件を付す行為について、それぞれ考え方を明らかにしている(第3-1)。

このうち、イ) については、①パテントプールを形成する事業者がライセンスを合理的理由なく拒絶すること、②一部の事業者が有力な技術に関する権利を取得した上で、他の事業者に対してライセンスを拒絶すること(横取り行為)、③競争者が利用する可能性のある技術に関する権利を網羅的に集積し、自身では利用せず、これらの競争者に対してライセンスを拒絶すること(買い集め行為)、④自らが権利を有する技術が規格として採用された際のライセンス条件を偽るなど、不当な手段を用いて当該技術を規格に採用させ、規格が確立された後にライセンスを拒絶すること、⑤公共機関が、調達する製品の仕様を定めて入札する際、

ある技術に権利を有する者が公共機関を誤認させ、当該技術によってのみ実現できる仕様を定めさせることにより、入札に参加する事業者は当該技術のライセンスを受けなければ仕様にあった製品を製造できない状況の下で、ライセンスを拒絶すること、の各場合を列挙する。①および⑤は過去の具体例であるパチンコ機パテントプール事件（勸告審決平成9年8月6日審決集44巻238頁）およびパラマウントベッド事件（勸告審決平成10年3月31日審決集44巻362頁）を一般化したものであり、また、③は旧ガイドラインでも取り上げられていた行為であるが（旧ガイドライン第3-3(2)）、②および④については本ガイドラインで初めて問題視するものである。本ガイドラインの特徴あるいは旧ガイドラインからの変更点の1つに、私的独占および不公正な取引方法の観点からの検討に際して、「技術を利用させないようにする行為」という制限類型を独立させ、その考え方を明らかにしていることを指摘できるが、ライセンスを拒絶し当該技術の利用を他の事業者認めないこと自体は排他的独占権である知的財産権の正当な権利行使であると基本的には理解できるところ、「技術を利用させない行為」を独立して記述していることの意味、さらには、上記②および④を取り上げた理由や背景を明らかにすべきであると思われる。

また、ガイドラインは、ハ) について、①マルチプルライセンス²⁵を行い、製品の販売価格、販売数量、販売先等を制限すること、②規格に係る技術や必須技術についてライセンスする際に、代替技術の開発を禁止すること、③規格に係る技術や必須技術についてライセンスする際に、他の技術のライセンスや製品の購入を義務付けること、を挙げている。このうち、①の説明において取り上げられている参考例は、かいわれ大根協会事件

（公取委警告平成6年2月17日）だと思われるが、同事件はランセンサーとしての事業者団体がライセンスシーである団体メンバーに対して実用新案権の実施品の生産量を制限したことが問題となったものであり、実質的にカルテル（不当な取引制限）の事例である。したがって、本ガイドラインはなにゆえに支配型私的独占の例として取り上げているのか説明すべきであろう。

(3) 不当な取引制限の観点から

本ガイドラインは、イ) パテントプール、ロ) マルチプルライセンス、ハ) クロスライセンスとの関係において、その考え方を明らかにしている（第3-2）。

このうち、パテントプールについては、「事業活動に必要な技術の効率的利用に資するものであり、それ自体が直ちに不当な取引制限に該当するものではない」との認識を本ガイドラインは示している。そして、①代替関係にある技術の権利者がパテントプールを形成した上で、ライセンス条件（技術の利用範囲を含む）を共同で決定する行為、またはプールしている技術の改良やライセンスをする相手先を相互に制限する行為、②製品市場において競争関係にある事業者がパテントプールを形成した上で、当該技術を用いて供給する製品の対価、数量、供給先等について共同して決定する行為、③製品市場において競争関係にある事業者がパテントプールを形成した上で、新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的理由なく拒絶する行為を、不当な取引制限に当たる可能性がある行為として列挙する。パテントプールに関連して独禁法上問題となる行為については、これら①から③および前記「(2) 私的独占の観点から」のイ) の各行為のほかにも、パテントプールへの参加を制限するなど様々な行為が問題とな

り得る。それらについてはパテントプール・ガイドラインに示された考え方を参考にすることになるという意味で、パテントプールについては、本ガイドラインよりもパテントプール・ガイドラインの方が役割が大きいと思われる。

4. 不公正な取引方法の観点から

(1) 基本的な考え方

本ガイドラインは、公正競争阻害性にはイ) 競争減殺、ロ) 競争手段としての不当性、ハ) 自由競争基盤の侵害の3つの内容があるとの考え方に立っているが、このうちイ) についてはガイドライン第2-3(本稿2(4))の競争減殺効果の分析方法に従い、①競争者等の取引機会を排除し、または競争者等の競争機能を直接的に低下させるおそれがあるか否か、②価格または顧客獲得競争そのものを減殺するおそれがあるか否か、を判断すると述べている(第4-1(2))。

次に、ロ) に関しては、①権利の対象となる技術の機能・効用や権利の内容について誤認させる行為、②競争者の技術を誹謗中傷する行為、③自己の権利が無効であることを知りながら差止請求訴訟を提起する行為などが、一般指定8項(欺瞞的顧客誘引)、9項(不当な利益による顧客誘引)、15項(競争者に対する取引妨害)との関連で、また、ハ) に関しては、ライセンサーの取引上の地位がライセンシーに対して優越している場合に、ライセンシーに不当に不利益な条件を付す行為が、一般指定10項(抱き合わせ販売等)、14項(優越的地位の濫用)との関連で問題となるとの考え方を示している(同(3))²⁶。

(2) 制限行為

本ガイドラインに取り上げられた制限行為は、イ) 原則として不公正な取引方法に該当する制限

行為(黒条項)、ロ) 不公正な取引方法に該当する場合がある制限行為(灰色条項)、および、ハ) 原則として不公正な取引方法に該当しない制限行為(白条項)に分類することができる²⁷。ただし、イ) およびハ) のいずれについても「原則として」であり、そこに分類される行為のすべてが違法または合法になるわけではない(その意味では、すべての行為はケースバイケースで判断されるのであり、黒条項または白条項に分類される行為は最終的に違法または合法となる確率が相対的に高いというに過ぎない)。

まず、原則として不公正な取引方法に該当する制限行為には、①販売価格・再販売価格の制限、国内市場の競争に影響がある場合の輸出価格の制限、②研究開発活動の制限、③改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務が含まれている。旧ガイドラインは灰色条項のうち、「違法となるおそれの強い制限条項」というカテゴリーを設け(灰黒条項)、ここに上記②および③の行為を分類していたが、本ガイドラインは黒条項へと変更している。また、①の輸出価格の制限については、旧ガイドラインでは「当該制限による我が国市場における競争秩序に及ぼす影響に即して、個別に公正競争阻害性が判断される」と記述し(第4-5(1)ウ(エ))、灰色条項として分類していたが、本ガイドラインでは「国内市場の競争に影響がある場合」という条件を付加して黒条項としている。こうした変更については、旧ガイドラインが灰黒条項を含めた4分類であったところ、新ガイドラインが3分類に変更した点と合わせて、その理由や背景が明らかにされるべきであろう。

次に、本ガイドラインが不公正な取引方法に該当する場合がある制限行為として分類するのは、①技術を利用させないようにする行為、②最高製造数量(技術の使用回数、輸出数量、販売数量)

の制限, ③原材料・部品に係る制限, ④販売の相手方の制限, 指定する者を通じて輸出する義務, ⑤競争品の製造・販売または競争者との取引の制限, ⑥不競争義務, ⑦一方的解約条件, ⑧技術の利用と無関係なライセンス料の設定, ⑨権利消滅後の制限, ⑩一括ライセンス, ⑪技術への機能追加, ⑫非競争義務である。

これらのうち, ①および⑩は旧ガイドラインには見られなかった行為類型である。また, ⑨については, 旧ガイドラインでは「ライセンシーが自由に当該技術を使用して製品市場または技術市場において事業活動を行うことを制限し, 同市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあると考えられ…違法となるおそれは強いものと考えられる」として灰黒条項に分類されていたものである。権利消滅後の利用制限が直ちに競争制限的な効果を有するとはいえないと考えられるので, この変更は妥当なものと評価できよう。

⑥の不競争義務は, 原案の段階では「競争の促進に資する面が認められ, かつ直接的には競争を減殺する効果は小さい。したがって, このような義務を課す行為…は, 原則として不公正な取引方法に該当しない」との評価がなされ, 白条項に分類されていたものである。不競争義務はパブリックドメインにある本来誰もが自由に利用できる知的財産の利用を禁じる効果を有するものであり, 当該知的財産それ自体が取引の対象となる場合や, 当該知的財産が製品やサービスの供給あるいは他の知的財産の創作に必要となっていることが多いことから考えて, このような義務が白条項に当たるとの評価は妥当ではない²⁸。それゆえ, 原案から変更したことは正当であったといえよう²⁹。なお, 不競争義務とはライセンスの対象技術に付着する権利(したがって, ライセンサーが保有する権利)の有効性を争わない義務のことであり, これに対

し, ⑫の非競争義務とはライセンシーが保有する権利をライセンサーやライセンサーが指定する事業者に対して行使しない義務のことである³⁰。

最後に, 原則として不公正な取引方法に該当しない制限行為として本ガイドラインが挙げるのは, ①区分許諾, ②技術の利用期間の制限, ③技術の利用分野の制限, ④製造地域の制限, 販売地域の制限, 輸出地域の制限, ⑤最低製造数量(技術の使用回数, 販売数量)の制限, ⑥製品の輸出の制限, ⑦サブライセンス先の制限, ⑧特定の商標の利用の義務付け, ⑨最善実施努力義務, ⑩ノウハウの秘密保持義務, ⑪改良技術の非独占的ライセンス義務, ⑫取得知識, 経験の報告義務である。

このうち, ⑦は旧ガイドラインには存在しなかった類型である。①の区分許諾とは, 例えば, 特許ライセンスにおける生産, 使用, 譲渡, 輸出等のいずれかについて限定する行為をいう。⑤については他の技術の利用を排除しない限りという条件付きである。⑧についても, 商標が重要な競争手段であり, かつ, ライセンシーが自己の商標を併用することを禁止する場合は別論であるとされている。

⑩は原則白条項であるが, 当該改良技術のライセンス先を制限する場合には, 不公正な取引方法に該当する可能性があるとの考えが示されている。また, ⑫についても, 報告義務が実質的にはライセンシーが取得したノウハウをライセンサーにライセンスすることを義務付けるものと認められる場合には, 不公正な取引方法に該当し得ると述べられている。

5. 最後に

ガイドラインの役割は公正で安定した法適用を公取委が行うようにすることに加え, 事業者の側に対しても予測可能性を高めることで知的財産権

のライセンスに伴うリスクを事前に回避し、積極的な事業展開が可能となる環境を提供することにある。その意味では、本ガイドラインは重要な論点について一般的見解を示すにとどまっている箇所が散見される。また、旧ガイドラインからの変更点や新たに追加された制限行為や考え方についても、必ずしも十分な説明がなされているとは思われない³¹。さらには、対象を技術に限定したため、コンテンツ市場の成長・拡大にとって大きな影響をもつプログラム以外の著作物の取引に対しては、本ガイドラインが適用されないという問題もある。

繰り返しになるが、公取委は、今後、新たな参考事例を追加したり、一般的・抽象的な考え方の表明部分をできる限り具体的にするなどして、本ガイドラインの補足・修正を継続的に行っていくべきであろう。

[後記]本稿は、平成19年度科学研究費補助金(研究種目：基盤研究(A)、研究課題：技術的相互連関と企業のR&D戦略に関する総合研究、研究代表者：土井教之(関西学院大学教授))による成果の一部である。筆者は同研究に共同研究者として参加している。

注)

- 1 新ガイドラインは < <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/07.september/07092803.pdf> > より、入手可能である。新ガイドラインの作成担当官による解説として、高橋省三『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の概要」公正取引684号4頁(2007年)がある(なお、筆者は同氏が「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針について」というテーマにて報告された第89回国際経済法研究会(2007年12月6日高松第2合同庁舎)に参加し、質疑応答を行う機会を得た。もちろん、本稿中の有り得るべき誤りについては筆者の責任である)。このほか、本ガイドラインを紹介・分析するものに、古城春美「知的財産権の行使と独占禁止法」知財年報2007(別冊NBL120号)288頁(2007年)がある。また、原案に対する検討であるが、白石忠志=内藤篤=萩原恒明=相澤英

- 孝「座談会・知的財産法に関する独占禁止法の諸問題」L&T37号4頁(2007年)も参考になる。
- 2 Commission Regulation (EC) No.772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreement, OJ L123/11 (27.4.2004), available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2004/l_123/l_12320040427en00110017.pdf.
- 3 Commission Notice: Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ C101/2 (27.4.2004), available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2004/c_101/c_10120040427en00020042.pdf.
- 4 高橋・前掲注(1)5頁。また、高橋・前掲注(1)4-5頁が示すとおり、公取委はEUおよび米国の動きおよび考え方を強く意識している(米国における知的財産権ライセンスと反トラスト法の考え方を示すものとしては、1995年の「知的財産権ライセンスガイドライン」(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#43>)が公表されている)。たとえば、旧ガイドラインにはなく米国の1995年ガイドラインおよびEUの2004年規則に存在するセーフハーバーの導入などはその現れであろう。米国の1995年ガイドライン、EUの2004年規則ならびにガイドライン、および、わが国の本ガイドラインの原案とを比較し分析するものとして、井從寛「技術ライセンス協定に関する独占法指針の国際比較〔上〕〔下〕」国際商事法務35巻8号1041頁、35巻9号1205頁(2007年)が、また、それら欧米のガイドラインや規則とわが国旧ガイドラインとを合わせて解説するものに、泉克幸「ライセンス契約と競争法—日米欧の場合」梶山敬士=高林龍=小川憲久=平嶋竜太編『ビジネス法務体系I・ライセンス契約』29頁(日本評論社、2007年)がある。
- 5 高橋・前掲注(1)5頁。
- 6 根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』(有斐閣、2006年)424頁。
- 7 そのような具体的ケースの1つとして、「①当該ソフトウェアのインターフェース情報が必要であり、②ライセンサーが当該インターフェース情報を提供しておらず、③ライセンサーにとってリバースエンジニアリングを行うことが当該ソフトウェア向けにソフトウェアやハードウェアを開発するために必要不可欠な手段となっているような場合に、リバースエンジニアリングを禁止することは独占法が適用される」という考え方(ソフトウェア中間報告書第3-3(4)ウ(イ))を挙げることができよう。なお、ソフトウェア中間報告書の解説・検討として、泉克幸「著作物としてのソフトウェアのライセンスと独占禁止法」L&T19号42頁(2003年)。
- 8 本ガイドライン第2-2(1)、第3柱書、および第4-1(2)参照。
- 9 私的独占と不正な取引方法とでは、前者には罰則の適用がある点、支配型だけであるが課徴金の対象となる点などに違いが生ずる。なお、私的独占および不正な取引方法の行為内容の共通性に着目し、また、実務では両者の区別よりは独

- 禁法違反か合法かがまず優先されるという実情を考慮し、両者を同一の箇所でも説明した方がベターであるとの指摘がある（座談会・前掲注（1）5頁〔白石発言〕）。
- 10 本ガイドラインと同時に公表された『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』（原案）に寄せられた主な意見と対応」1（4）でも、本文で述べたことと同趣旨の意見提出とそれに対する対応措置が示されている。
 - 11 プログラム以外の技術に関する著作物としてデータベースの著作物も含まれるであろう。また、物品の形状に係る意匠として保護される技術とは、例えば、ライセンス&プロパティコントロール事件（大阪地判平成18年12月7日裁判所HP）において問題となったマンホールの蓋の受け枠などが含まれると思われる。
 - 12 「原案に寄せられた意見と対応」・前掲注（10）1（1）において、公取委は「本ガイドラインは知的財産のうち技術に関するものを対象とし…その他の知的財産権については、その性質、法的保護の態様等を踏まえ、個別具体的に判断する必要がある」との考え方を示している。また、高橋・前掲注（1）5頁も、商標やプログラム等以外の著作物といった技術に関しない知的財産は本ガイドラインの対象範囲外であると明確に述べる。
 - 13 ただし、ガイドラインは特許権を基本に考えているため国内消尽のみ記述している。映画の著作物以外に認められる譲渡権は国際消尽することが著作権の中で明定されている（著26条の2第2項4号）。
 - 14 根岸＝舟田・前掲注（6）419頁。
 - 15 その他の参考事例に、著作権に関するものとして、レコード等の製造業者23社を会員とする事業者団体による貸しレコード店へのレコード供給を遮断する行為が独禁法8条1項4号または5号に違反するおそれがあるとされた日本レコード協会事件（昭和57年12月15日警告）、映画の配給業者による上映事業者に対する入場料の決定等の行為が不正な取引方法・一般指定13項（不当な拘束条件付取引）に当たるとされたトエンティース・センチエリー・フォックスジャパン事件（勧告審決平成15年11月25日審決集50巻392頁）が、商標権に関するものとして、発酵乳「生菌ヤクルト」の商標権者（ライセンサー）による加工業者（ライセンシー）への価格・地域・数量の制限および競争品取扱の制限等の行為が旧一般指定8項（現13項）に該当すると判断されたヤクルト本社事件（勧告審決昭和40年9月13日審決集13巻72頁）が、また、消費財メーカーが競争事業者の商標権を取得することで、競争事業者が当該商標を使用できなくなることは独禁法上問題になると公取委が回答した相談事例（平成13年相談事例集・第4事例）などがある。
 - 16 座談会・前掲注（1）6頁〔内藤発言〕も、ガイドラインが音楽や映像等のいわゆる「コンテンツ」を対象としておらず、その取引に対する公取委の考え方が不明確なままに規制だけがなされていく状況に対して懸念を表明している。
 - 17 根岸＝舟田・前掲注（6）391頁など。本ガイドラインも対象となるノウハウとしての技術を不競法という営業秘密と捉えた上で、その特質を踏まえつつ21条の対象となると述べている（第2-1注5）。
 - 18 以上のことにつき、泉克幸「判批」判評582号（判時1968号）33頁（2007年）および、そこで引用した資料参照。
 - 19 和久井理子「独禁法・知的財産法務の現在と知的財産指針」公正取引684号17頁（2007年）は、趣旨逸脱説は法律上の規定を尊重しながらも、21条を適切な範囲に限定するものであり、妥当だとした上で、本ガイドラインが趣旨逸脱説を採用したのは適切と評価できると述べる（18頁）。
 - 20 高橋・前掲注（1）7頁。また、稗貫俊文「競争影響分析の横断的記述とセーフハーバー」公正取引684号11頁（2007年）は、「流通・取引慣行ガイドライン」（1991年7月11日・公取委事務局）の「有力な事業者」基準との対比の中で、本ガイドラインのセーフハーバーの数値の妥当性を説明している（13頁）。なお、「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」においても、「製品市場において競争関係にある事業者間で行う当該製品の改良又は代替品の開発のための共同研究開発についていえば、参加者の当該製品の市場の合計が20%以下である場合には、通常は、独占禁止法上問題とならない」と述べられている（第1-2（1）①）。
 - 21 高橋・前掲注（1）7頁は、「競争減殺効果が軽微な場合」と記述し、「独禁法上問題がない場合」としていないのは、このことによると述べる。
 - 22 明確さの観点からは、競争手段の不正さと自由競争基盤の侵害からの評価を含めて独禁法違反の問題を生じないとする方が分かり易い（そうした意味からの不満として、座談会・前掲注（1）19頁〔内藤発言〕）。一方、本文で述べた2つの例外を指摘することで本ガイドラインのセーフハーバー基準の適用範囲は合理的に限定されているとし、本セーフハーバーの導入が事業者の予測可能性を高めると評価する意見もある（稗貫・前掲注（20）13-14頁）。セーフハーバーが全く無かった旧ガイドラインに比較するならば、とりあえず一步前進という評価ができよう。
 - 23 根岸＝舟田・前掲注（6）46頁など。
 - 24 根岸＝舟田・前掲注（6）46-48頁。
 - 25 マルチプライセンスとは、ある技術を複数の事業者ライセンスすることをいう（本ガイドライン第3-2（2））。
 - 26 なお、「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針について」（1998年3月17日（2004年3月31日一部改定）公取委）では、プログラムや映画・放送番組、設計図やポスターといった情報成果物の委託取引において、受託者に発生した当該情報成果物に関する知的財産権を委託者が一方的に譲渡させる行為などが優越的地位の濫用の問題を生じやすいとの考え方を示している（第2-7）。
 - 27 ガイドラインでは制限行為を、①技術を利用させないようにする行為、②技術の利用範囲を制限する行為、③技術の利用に関し制限を課す行為、④その他の制限を課す行為に分けているが、これらの4区分は記述の便宜上のものであるとされ（第4-1（1））、本稿では理解が容易となるよう、本文のような分類方法を用いた。
 - 28 不競争義務との関連で、「ライセンシーは信義則またはエスツペル（禁反言）の観点から特許無効の主張は行うことがで

きないのか」というテーマを論じ、また、メトクロプラミド事件（公取委警告昭和 57 年 4 月 23 日）も検討・分析した上で、不爭義務が独禁法上問題となり得る可能性のある行為であることを指摘するものとして、泉克幸「特許ライセンス契約における不爭義務と独占禁止法」知財年報 2006（別冊 NBL116 号）239 頁（2006 年）がある。

- 29 原案に対しては「不爭義務を原則合法化すると、大量の無効特許という社会的な不良資産を抱え込むことになることなどが懸念される」との反対コメントが出されていたところ、こうした意見などもあって公取委は考えを改めたものと思われる（「原案に寄せられた意見と対応」・前掲注（10）（5））。もっとも、本ガイドラインの改定に当たっては欧米との整合性も考慮に入れたとの担当官の説明もあるが（前掲注（4）参照）、EU の 2004 年規則において不爭条項は EU 競争法の

一括適用免除の対象とならず、反競争効果と競争促進効果とを個別に評価する「免除されない制限」に分類されており（規則 5 条）、なにゆえ原案の段階で白条項としていたのか疑問の残るところである。

- 30 非係争条項は NAP 条項（Non-Assertion Patents Provision）とも呼ばれる。非係争条項については、ライセンシーの研究開発意欲を減退させる効果が問題となる。同条項に関する事例として、マイクロソフト非係争条項事件（平成 16 年 9 月 1 日審判開始決定）があるが、同事件での NAP 条項の場合、パソコンの OS である Windows において機能の拡張が進んでいる AV 機能に関する技術について、ライセンシーの開発意欲が減退する可能性を公取委は問題視している。
- 31 和久井・前掲注（19）は全体的にこうしたトーンで本ガイドラインを捉え、厳しい評価を下している。